



# Beilage 1: Konzeptpapier

---

Datum:

1. April 2020

---

Aktenzeichen: 237.1-3233/7/2/2

## **Pflichten der Organe von Unternehmen bei drohender Überschuldung sowie Anpassungen des Nachlassverfahrens und Einführung eines einfachen Stundungsverfahrens**

### **1 Ausgangslage**

Als Folge der Corona-Krise ist zu befürchten, dass zahlreiche Unternehmen in absehbarer Zeit in finanzielle Schwierigkeiten geraten werden. Der Bund ist daran, die Unternehmen mit einer Reihe von Massnahmen soweit möglich zu entlasten und diese davor zu schützen, unverschuldet in eine Konkursituation zu geraten. Auch wenn der Bund verschiedene Massnahmen zur Stützung der Liquidität insbesondere von KMU getroffen hat, stellt sich bei den als juristischen Personen konzipierten Unternehmen weiterhin das Problem, dass der Verwaltungsrat gemäss Artikel 725 Absatz 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) die Pflicht hat, in bestimmten Fällen das Gericht zu benachrichtigen, damit der Konkurs eröffnet werden kann. Angesichts der praktischen Auswirkungen dieses Mechanismus (vgl. dazu unten) stellt sich die Frage, ob auch auf Stufe des Gesellschaftsrecht Massnahmen zu treffen sind. Ausserdem sieht das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) in Artikel 62 einerseits vor, dass der Bundesrat im Fall einer Epidemie den sog. *Rechtsstillstand* anordnen kann. Andererseits enthält das SchKG in den Artikeln 337 ff. eine Regelung der sog. Notstundung. Seit Beginn der Krise steht die Frage im Raum, ob der Bund von diesen im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Kriseninstrumenten Gebrauch machen soll.

Der Bundesrat hat am 18. März 2020 gestützt auf Artikel 62 SchKG einen befristeten Rechtsstillstand bis zum 5. April 2020 angeordnet. Dieser wird unmittelbar abgelöst von den gesetzlichen Betreibungsferien, die an diesem Tag zu laufen beginnen und bis am 19. April 2020 dauern werden. Die Wirkungen des beantragten Rechtsstillstandes entsprechen denjenigen der regulären gesetzlichen Betreibungsferien. Im Ergebnis beginnen auf diese Weise die regulären Betreibungsferien einige Tage früher und werden von zwei auf etwas mehr als vier Wochen verlängert. Sämtliche natürlichen und juristischen Personen in der Schweiz sind damit bis zu diesem Datum vor Betreibungen und insbesondere auch vor einer Konkursöffnung geschützt.



## 2 Kein längerfristiger Rechtsstillstand

Der Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 SchKG für den Fall von Epidemien ist eine umfassende und sehr weitreichende Massnahme. Der Bundesrat hatte im Anschluss an die allgemeine Mobilmachung nach dem Ausbruch des ersten Weltkriegs einen allgemeinen Rechtsstillstand angeordnet, der vom 5.–21. August 1914 dauerte und vom Bundesrat einmalig bis zum 30. September 1914 verlängert wurde. Die Erfahrung mit diesem Rechtsstillstand hat allerdings deutlich gemacht, dass diese Massnahme nicht geeignet ist, über längere Zeit hinweg in Kraft zu bleiben, da sie zu *schwerwiegenden Beeinträchtigungen des gesamten Wirtschaftslebens* führte. So haben viele Schuldner ihre Rechnungen nicht mehr bezahlt, und das ganze Wirtschaftssystem geriet ins Stocken. Der Bundesrat hat deshalb damals den Rechtsstillstand nicht weiter verlängert und andere Massnahmen angeordnet.

Die Erfahrungen von damals haben deutlich gemacht, dass der Rechtsstillstand nur bedingt geeignet ist, um in der gegenwärtigen Krise Abhilfe zu schaffen. Erforderlich sind vielmehr gezieltere Massnahmen: Statt allen Schuldnern eine umfassende Stundung zu gewähren, sollen bestimmten Schuldnern im Rahmen einer Einzelfallentscheidung bestimmte Erleichterungen gewährt werden.

Der Rechtsstillstand ist zudem auch deswegen kein geeignetes Instrument zur Beseitigung epidemiebedingter Probleme von Unternehmen, weil damit die bei einem Schuldner entstandenen Liquiditätsprobleme lediglich auf einen zufälligen Dritten, in diesem Fall den Gläubiger, überwält werden. Richtigerweise müsste es aber darum gehen, die Liquidität der betroffenen Unternehmen mit *direkten Massnahmen* zu verbessern, namentlich mit Kurzarbeit, mit dem COVID-Erwerbersatz zur Deckung der Lohnkosten, den in der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vorgesehenen Überbrückungsdarlehen, der Gewährung von Zahlungsaufschub bei Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern und Abgaben sowie weiteren, vom Bundesrat angeordneten oder geprüften Entlastungsmassnahmen. Schliesslich lässt der Rechtsstillstand verschiedene Fragen ungerichtet, die längerfristig unbedingt regelungsbedürftig wären, sofern man mit der Massnahme die Sanierung der Unternehmen und nicht nur ein Hinausschieben des Insolvenzzeitpunkts bezweckt (dazu im Einzelnen unten).

Die Anordnung des Rechtsstillstands erscheint dagegen dann sinnvoll, wenn es gilt, kurzfristig Probleme zu überbrücken, sei dies auf Seiten der Betreibungsämter, die aufgrund äusserer Umstände ihren Aufgaben nicht mehr vollständig nachkommen können, sei dies für die betroffenen Schuldner, die eine Frist erhalten, um ihre Situation zu analysieren und die notwendigen Schritte in die Wege zu leiten, um sich der neuen Situation anzupassen, sei dies für die Politik, um ausreichend Zeit für die notwendigen Massnahmen zur Verfügung zu haben. So konnte das Institut in der Vergangenheit bei lokalen und zeitlich sehr beschränkten Krisensituationen (Hochwasser, grosse Neuschneemengen verbunden mit einer Lawinengefahr) mit Erfolg eingesetzt werden.

Auch mit dem vom Bundesrat am 18. März 2020 vorübergehend angeordnete Rechtsstillstand werden diese Ziele verfolgt: Angesichts der Komplexität der vorliegenden Situation sowie der Notwendigkeit, rasch Massnahmen zu treffen, hat der Bundesrat entschieden, *in einem ersten Schritt* und ausschliesslich im Sinne einer kurzen Atempause einen zeitlich beschränkten Rechtsstillstand anzuordnen, der es ermöglicht, in den nachfolgenden Wochen eine ausgereifte Lösung vorzubereiten.

Anders als dies bei der Anordnung eines längerfristigen Rechtsstillstands der Fall wäre, besteht das Ziel ausdrücklich nicht in einer Suspendierung des gesamten Vollstreckungssystems, sondern darin, die Rechtsdurchsetzung weiterhin im Grundsatz zu gewährleisten und

damit den Eintritt weiteren Schadens zu verhindern. Die Vollstreckung von geldwerten Ansprüchen gehört zu einer der fundamentalen Funktionen des Rechtsstaates und der Wirtschaftsordnung, die nicht einfach eingestellt werden darf.

### **3 System und Funktion der einzelnen Massnahmen**

Das vorgeschlagene Modell beruht auf einem mehrstufigen Modell: Anstelle eines Rechtsstillstandes stellt das Bundesamt für Justiz heute ein dreistufiges Modell zur Diskussion, bei welchem die einzelnen Unternehmen grundsätzlich einer Einzelfallbetrachtung unterworfen werden:

- (1) Direkte Unterstützungsmassnahmen durch den Bund
- (2) Erleichterungen im Hinblick auf die Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 OR
- (3) Verweis auf das geltende Nachlassverfahren gemäss SchKG sowie Einführung eines besonderen Stundungsverfahrens für kleinere Unternehmen (sog. COVID-19-Stundung)

#### **3.1 Direkte Unterstützungsmassnahmen des Bundes**

Ein Unternehmen, das sich aufgrund der gegenwärtigen Situation in seiner Existenz bedroht sieht, hat demnach grundsätzlich die Möglichkeit, die direkten Unterstützungsmassnahmen des Bundes zu beantragen. Damit sollte in vielen Fällen zumindest vorübergehend die Lage entschärft werden können. Im Zentrum stehen dabei insbesondere die Überbrückungskredite gemäss der COVID-19-Solidarbürschaftsverordnung, mit denen den Unternehmen ausreichend Liquidität zur Verfügung gestellt werden soll, damit sie trotz Corona-bedingten Umsatzeinbussen ihre laufenden Fixkosten decken können. Die Liquidität wird wiederhergestellt, und aufgrund Artikel 24 der Verordnung wird gleichzeitig auch die Bilanz zumindest vorübergehend saniert. Hinzu kommen die Möglichkeit der Kurzarbeit sowie die weiteren vom Bundesrat beschlossenen Massnahmen.

#### **3.2 Anpassung von Artikel 725 OR**

Trotz dieser direkten Unterstützungsmassnahmen besteht in vielen Fällen weiterhin das Problem, dass nach geltendem Recht der Verwaltungsrat, wenn die begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, eine Zwischenbilanz sowohl zu Fortführungswerten als auch Veräusserungswerten erstellen muss, die in jedem Fall durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen sind. Ergibt sich aus beiden Bilanzen eine Überschuldung, d.h. die Aktiven der Gesellschaft sind kleiner als das Fremdkapital (Schulden), muss der Verwaltungsrat oder im Unterlassungsfall die Revisionsstelle das Gericht benachrichtigen und Überschuldungsanzeige erstatten ("die Bilanz deponieren"). Für die Unterlassung dieser Pflichten haften die handlungspflichtigen Organe persönlich.

In der Praxis führt der Übergang von der Bilanzierung zu Fortführungswerten zur Bilanzierung zu (den in aller Regel viel tieferen) Liquidationswerten praktisch immer zum sofortigen Konkurs einer Gesellschaft. Unter normalen wirtschaftlichen Bedingungen stellt dieser Mechanismus sicher, dass die Gläubiger einer konkursreifen Firma möglichst wenig Schaden nehmen. Infolge pandemiebedingter Liquiditätsengpässe und Wertverminderungen der Aktiven dürften nun aber vermehrt Unternehmen, die unter normalen Bedingungen nicht überschuldet wären, aufgrund dieser Regelung gezwungen sein, ein Konkursverfahren einzuleiten. Ein gewissenhafter Verwaltungsrat muss deshalb unter Umständen sofort die Bilanz deponieren, will er nicht persönlich haftbar werden. Damit gehen Unternehmen zugrunde und Arbeitsplätze verloren, und es werden erhebliche volkswirtschaftliche Werte vernichtet.

Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Gesetzgeber am 27. März 2020 ein umfassendes Gesetzespaket verabschiedet und in Kraft gesetzt (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht). Danach werden Gesellschaften, die pandemiebedingt insolvent werden und Aussicht auf Wiedererlangung ihrer Zahlungsfähigkeit haben, bis zum 30. September 2020 von der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags befreit werden. Das Gesetzespaket schafft zudem Anreize, den betroffenen Unternehmen neue Liquidität zuzuführen und die Geschäftsbeziehungen zu diesen aufrecht zu erhalten. Die Eckpunkte des Pakets sollen bei Bedarf bis zum 31. März 2021 verlängert werden können.

Mit Artikel 24 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 25. März 2020 hat der Bundesrat der dargestellten Problematik bereits teilweise Rechnung getragen. Die vom Bund garantierten Darlehen, obwohl sie in der Bilanz als Fremdkapital erfasst werden, dürfen bei der Prüfung einer Überschuldung nach Artikel 725 Absatz 2 OR ausgeklammert werden. Dadurch wird die Summe des Fremdkapitals, die den Aktiven gegenübergestellt wird, verkleinert. Diese Sichtweise kann dazu führen, dass eine Gesellschaft nicht mehr als überschuldet gilt, obwohl die Schulden effektiv grösser sind als die vorhandenen Aktiven. Für den Verwaltungsrat hat das zur Folge, dass die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben kann. Ergänzend dazu ist in einem nächsten Schritt auch ein Ausschluss der paulianischen Anfechtungsklagen für die kreditgebenden Banken bzw. den für die Kredite bürgenden Bund vorzusehen.

Es wird aber ohne Zweifel Fälle geben, bei denen die Bilanz auch nach Ausklammerung der vom Bund garantierten Darlehen noch eine Überschuldung aufweist. Gemäss dem Vorschlag soll der Verwaltungsrat vorübergehend von der Pflicht befreit werden, eine Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten soll dagegen weiterhin bestehen bleiben. Der Verwaltungsrat muss sich auf der Grundlage von umfassenden Informationen ein Bild von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft machen. Für den Verwaltungsrat entfällt zudem trotz festgestellter Überschuldung die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts, wenn längerfristig die Aussicht auf eine nachträgliche Beseitigung der Überschuldung besteht und die Gesellschaft Ende 2019 nicht bereits überschuldet war.

Die Aussetzung der gesetzlichen Pflichten des Verwaltungsrats ist keine Sanierungsmassnahme. Sie dient einzig dazu, dem Verwaltungsrat in zeitlicher Hinsicht etwas mehr Luft zu verschaffen, damit die Sanierung der Gesellschaft in die Wege geleitet werden kann.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass mit den Krediten gemäss der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung die Liquidität der Unternehmen wiederhergestellt werden und zumindest auch kurzfristig die Bilanz saniert werden kann, und mit der teilweisen Aussetzung der Pflichten gemäss Artikel 725 Absatz 2 OR jedenfalls in bestimmten Fällen die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts entfällt. Dort, wo diese Massnahmen nicht ausreichen, namentlich wenn keine nachvollziehbare Aussicht darauf besteht, eine Überschuldung innert sechs Monaten nach dem Dahinfallen der Massnahmen zu beheben, muss das Gericht benachrichtigt werden. Und auch dann, wenn die beanspruchten Kredite nicht ausreichen, um die Liquidität wiederherzustellen, bleibt es weiterhin möglich, dass die Gläubiger auf dem Weg der ordentlichen Betreuung den Konkurs des betroffenen Unternehmens herbeiführen.

#### **4 Massnahmen im Vollstreckungsrecht**

Um die gefährdeten Unternehmen zusätzlich vor einem Konkurs und einer damit einhergehenden Auflösung zu schützen und damit das Ziel, das sich der Bundesrat gesteckt hat – die Verhinderung von Insolvenzen aufgrund von Liquiditätsengpässen –, sind deshalb auch auf der Stufe des Vollstreckungsrechts Massnahmen zu treffen. Das geltende SchKG sieht in Artikel 337 ff. Bestimmungen über die sog. Notstundung vor. Diese kommen zur Anwendung

"in ausserordentlichen Verhältnissen, insbesondere im Falle einer andauernden wirtschaftlichen Krise". Die Notstundung muss allerdings von einer Kantonsregierung mit Zustimmung des Bundes zuerst für anwendbar erklärt werden, bevor sie von einem Unternehmen beantragt werden kann.

Eine eingehende Prüfung der Bestimmungen über die Notstundung durch einen externen Gutachter (nachfolgend: Gutachten Lorandi, Beilage 4) hat allerdings ergeben, dass das betreffende Institut nur beschränkt zum Schutz gefährdeten Unternehmen in der gegenwärtigen Krise geeignet erscheint. So ist für deren Gewährung vorausgesetzt, dass die Aussicht besteht, dass der Schuldner nach Ablauf der Stundung seine Gläubiger voll wird befriedigen können (Art. 338 Abs. 1 SchKG). Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen nicht still, laufende Prozesse werden nicht sistiert und Forderungen der ersten Klasse, namentlich Lohnforderungen und Unterhaltsansprüche, unterliegen der Stundung nicht (Art. 346 Abs. 1 SchKG); eine zentrale Neuerung der letzten Revision des Nachlassrechts, nämlich die Möglichkeit der Übertragung von Betrieben und Betriebsteilen nach Artikel 333b OR, kennt die Notstundung nicht. Als weiterer gewichtiger Nachteil wird Artikel 349 Absatz 2 SchKG angesehen, wonach während eines halben Jahres nach Ablauf einer Notstundung weder eine neue Notstundung noch eine Nachlassstundung beantragt werden kann. Weitere wichtige Fragen sind mangels Praxis zur Notstundung ungeklärt (im Einzelnen Gutachten Lorandi, Rz. 70–75).

Um diesen Defiziten Rechnung zu tragen, müssten die Bestimmungen über die Notstundung auf dem Weg einer Notverordnung stark angepasst werden und dabei wohl inhaltlich weitgehend den bestehenden Bestimmungen über das Nachlassverfahren gemäss Artikel 293 ff. SchKG angepasst werden. Unter diesen Umständen erscheint es naheliegend, stattdessen das bestehende Nachlassrecht gemäss 293 ff. SchKG mit geringfügigen Änderungen für die aktuellen Bedürfnisse zu verwenden. Der vorliegende Vorschlag enthält die entsprechenden Modifikationen.

Dabei bleibt aber zu bedenken, dass es sich beim Nachlassverfahren um ein relativ aufwendiges Verfahren handelt, das letztlich (wie im Übrigen auch die Notstundung) nicht dafür ausgelegt ist, als Massenverfahren zahlreichen Unternehmen den Weg zu einer Sanierung zu öffnen. Der mit der Eröffnung zahlreicher Nachlassverfahren verbundene Aufwand wäre angesichts der Zahl der möglichen Verfahren von den Gerichten in der notwendigen Zeit kaum zu bewältigen, und auch die entstehenden Kosten würden unter Umständen viele Unternehmen von der Einleitung eines solchen Verfahrens abhalten. Weder die Notstundung noch das geltende Nachlassverfahren kann damit den bestehenden Bedürfnissen umfassend gerecht werden.

Die Herausforderung für den Gesetzgeber besteht damit darin, dass eine Vielzahl von Unternehmen durch die gegenwärtige Krise in Schwierigkeiten geraten ist und es gilt, zahlreiche Konkurse zu verhindern. Gleichzeitig besteht die Hoffnung, dass nach Beendigung der Krise zumindest ein Teil dieser Unternehmen wieder in der Lage wäre, ihre Geschäftstätigkeit fortzusetzen. Ziel der gesetzgeberischen Massnahmen ist es damit, diese Unternehmen möglichst unbeschadet durch die Krise zu bringen. Dabei erscheint es aber kaum möglich, im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung *ex ante* festzustellen, welche Unternehmen unterstützungswürdig sind und welche nicht. Dies nicht nur aufgrund der Prognoseunsicherheiten, sondern auch wegen des damit zusammenhängenden Aufwands, der durch die grosse Zahl der Fälle entsteht.

Während für die grösseren Unternehmen die Einleitung eines Nachlassverfahrens nach wie vor sinnvoll sein kann, hat der Gesetzgeber für die kleineren Unternehmen, für welche dieses

zu aufwendig erscheint, zwei mögliche Optionen: Entweder nichts zu tun und die Unternehmen ihrem Schicksal zu überlassen, oder aber mit einer pauschalen (und damit wahrscheinlich überschüssenden) Massnahme einen grösseren Teil der Unternehmen zu schützen, im Bewusstsein, dass manche von ihnen trotz aller Bemühungen nach der Krise nicht mehr weiterbestehen werden.

Im Sinne des zweiten Konzepts, welches im Übrigen auch den direkten Unterstützungsmassnahmen des Bundes sowie den Massnahmen im Rahmen von Artikel 725 OR zugrunde liegt, wird vorgeschlagen, zusätzlich zum bestehenden und zu modifizierenden Nachlassverfahren ein *standardisiertes Massenverfahren* zu schaffen, mit welchem *kleinere* Unternehmen rasch und einfach zu einer Stundung kommen können (sog. COVID-19-Stundung). Mit der zeitlich beschränkten Stundung soll das Unternehmen die Möglichkeit erhalten, sich zu reorganisieren und sich auf die neue Situation einzustellen; der Abschluss eines Nachlassvertrages ist dabei nicht das Ziel der Stundung.

Inhaltlich ist das Verfahren aber stark dem Nachlassverfahren nachgebildet, wobei aber insbesondere *auf die Vorlage eines Sanierungsplans* verzichtet wird, im Übrigen aber in vielerlei Hinsicht die Wirkungen einer provisorischen Nachlassstundung entfaltet. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive sind die Wirkungen der COVID-19-Stundung damit insbesondere im Vergleich zu einem Rechtsstillstand eingeschränkt: So sind nur Verbindlichkeiten von Schuldner erfasst, welche um eine solche Stundung nachgesucht haben und welchen diese gewährt worden ist. Zudem sind auch für solche Schuldner nur jene Verbindlichkeiten erfasst, welche vor der COVID-19-Stundung entstanden sind, dies entsprechend der geltenden Regelung im Nachlassverfahren. Die gesamtwirtschaftlich negativen Auswirkungen auf die allgemeine Zahlungsmoral ist damit persönlich und sachlich auf das Unerlässliche beschränkt (Gutachten Lorandi, Rz. 100).



# Annexe 1: Document de réflexion

---

Date :

1 avril 2020

---

Référence du dossier : 237.1-3233/7/2/2

## Devoirs des organes de sociétés en cas de surendettement imminent, adaptations de la procédure concordataire et introduction d'une procédure simplifiée de sursis

### 1 Contexte

Compte tenu de la crise du coronavirus, il est à craindre que bon nombre d'entreprises rencontrent des difficultés financières à plus ou moins brève échéance. La Confédération met actuellement tout en œuvre, par une série de mesures, pour alléger autant que possible le fardeau des entreprises et empêcher qu'elles se retrouvent en faillite sans faute de leur part. Si les mesures prises par la Confédération visent à régler les problèmes de liquidités, en particulier des PME, les entreprises constituées en personnes morales restent confrontées au problème découlant de l'art. 725, al. 2, du code des obligations (CO, RS 220), qui oblige le conseil d'administration, dans certains cas, à aviser le juge pour que la faillite puisse être prononcée. Compte tenu des répercussions pratiques de ce mécanisme (voir plus bas), on peut donc se demander s'il faut également prendre des mesures au niveau du droit des sociétés. La loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) prévoit quant à elle, à l'art. 62, que le Conseil fédéral peut ordonner la *suspension des poursuites* en cas d'épidémie. La LP contient par ailleurs, aux art. 337 ss, une réglementation dite du sursis extraordinaire. Depuis que la crise a commencé, la Confédération se pose la question du recours à ces instruments de crise inscrits expressément dans la loi.

Le Conseil fédéral a ordonné le 18 mars 2020 la suspension des poursuites jusqu'au 5 avril 2020, en application de l'art. 62 LP. La suspension sera immédiatement suivie par les fêtes de poursuite légaux, qui commenceront à courir ce jour-là et dureront jusqu'au 19 avril 2020. Les effets de la suspension proposée correspondent à ceux des fêtes de poursuite ordinaires. En conséquence, la décision fait courir les fêtes ordinaires quelques jours plus tôt et les prolonge de deux à un peu plus de quatre semaines. Toutes les personnes physiques et morales de Suisse sont ainsi protégées jusqu'à cette date d'une poursuite et en particulier de l'ouverture d'une faillite.



## 2 Pas de suspension des poursuites à plus long terme

La suspension des poursuites en cas d'épidémie, conformément à l'art. 62 LP, est une mesure de grande ampleur aux conséquences étendues. Le Conseil fédéral avait ordonné une suspension générale des poursuites dans le sillage de la mobilisation générale, lorsque la Première Guerre mondiale a éclaté, suspension qui a duré du 5 au 21 août 1914 et que le Conseil fédéral a prolongée une fois, jusqu'au 30 septembre 1914. L'expérience a toutefois montré clairement que la mesure ne se prête pas à une application durable, car elle a de *lourdes conséquences sur toute la vie économique*. Beaucoup de débiteurs ont par ex. cessé de payer leurs factures, de sorte que l'ensemble du système économique s'est mis à vaciller. Le Conseil fédéral n'a donc pas prolongé une nouvelle fois la suspension des poursuites, privilégiant d'autres moyens.

Les expériences de l'époque ont montré clairement que la suspension des poursuites est une mesure dont les effets ne sont que relativement utiles dans la lutte contre la crise actuelle. Il faut plutôt opter pour des mesures ciblées : au lieu d'accorder un sursis complet à tous les débiteurs, il s'agit d'accorder certaines facilités à certains débiteurs dans le cadre de décisions prises au cas par cas.

La suspension des poursuites n'est pas le bon instrument non plus pour éliminer les problèmes causés par l'épidémie aux entreprises parce qu'elle se limite à répercuter les problèmes de liquidités d'un débiteur sur un tiers, dans ce cas le créancier. Pour bien faire, il faudrait améliorer les liquidités des entreprises concernées par des *mesures directes*, notamment le chômage partiel, les allocations pour perte de gain COVID pour couvrir les charges salariales, les prêts prévus dans l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, l'octroi de délais de paiement des cotisations des assurances sociales, des impôts et des taxes, et d'autres mesures d'allègement ordonnées ou envisagées par le Conseil fédéral. Enfin, la suspension des poursuites ne permet pas de régler diverses questions qui réclameraient impérativement de l'être à plus long terme, dans la mesure où elle ne vise pas à assainir les entreprises, mais seulement à repousser la date de leur insolvabilité (voir plus bas).

Ordonner la suspension des poursuites semble en revanche être une bonne mesure s'il s'agit de compenser des problèmes à court terme, que ce soit pour les offices des poursuites, qui ne peuvent plus s'acquitter complètement de leurs tâches en raison de circonstances extérieures, pour les débiteurs concernés, qui obtiennent un délai pour analyser leur situation et entreprendre les démarches nécessaires, et pour les milieux politiques, qui ont besoin de temps pour prendre les mesures qui s'imposent. L'instrument a donc pu être mis en œuvre avec succès dans le passé lors de situations de crise locales et très limitées dans le temps (inondations, fortes chutes de neige entraînant un risque d'avalanche).

La suspension des poursuites ordonnée par le Conseil fédéral le 18 mars 2020 poursuit les mêmes buts : vu la complexité de la situation actuelle et la nécessité de prendre rapidement des mesures, le Conseil fédéral a décidé d'ordonner *dans un premier temps*, et seulement à titre de bref répit, une suspension des poursuites de durée limitée, qui permet de préparer une solution réfléchie dans les semaines à venir.

À la différence de ce qui se passerait si on ordonnait une suspension des poursuites à long terme, le but n'est explicitement pas de suspendre l'entier du système des poursuites et des faillites, mais de garantir de manière générale l'application du droit et d'empêcher la survenue d'autres dommages. L'exécution de créances pécuniaires compte au nombre des fonctions fondamentales de l'État de droit et de l'ordre économique qu'on ne peut interrompre du jour au lendemain.

### **3 Systématique et fonction des différentes mesures**

La solution proposée repose sur un modèle à plusieurs niveaux : plutôt qu'une suspension des poursuites, l'Office fédéral de la justice met en discussion un modèle à trois niveaux dans lequel les entreprises sont en principe soumises à un examen individuel :

- (1) Mesures de soutien direct par la Confédération
- (2) Allègements concernant les obligations prévues à l'art. 725, al. 2, CO
- (3) Renvoi à la procédure concordataire en vigueur en vertu de la LP et introduction d'une procédure spéciale de prolongation de délai pour les petites entreprises (prolongation de délai COVID-19)

#### **3.1 Mesures de soutien direct de la Confédération**

Une entreprise qui se voit menacée dans son existence par la crise actuelle a la possibilité de demander à bénéficier des mesures de soutien direct de la Confédération. Cette mesure devrait permettre, du moins temporairement, de détendre la situation. Parmi ces mesures, on trouve en premier lieu les crédits-relais prévus par l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, qui doivent permettre de fournir aux entreprises suffisamment de liquidités pour couvrir leurs frais fixes courants malgré les pertes de recettes qu'entraîne la crise. Leurs liquidités sont ainsi restaurées et l'art. 24 de l'ordonnance leur permet d'assainir temporairement leur bilan. Viennent s'y ajouter la possibilité du chômage partiel et les autres mesures arrêtées par la Conseil fédéral.

#### **3.2 Adaptation de l'art. 725 CO**

Les mesures de soutien direct n'empêchent pas, dans bien des cas, que le problème subsiste pour les conseils d'administration, tenus par le droit en vigueur d'établir un bilan intermédiaire concernant les valeurs d'exploitation et les valeurs de liquidation et de le soumettre à la vérification d'un réviseur agréé. Si les deux bilans font état d'un surendettement, autrement dit que les actifs de la société sont inférieurs aux capitaux étrangers (dettes), le conseil d'administration ou, s'il omet de le faire, le réviseur doit aviser le juge et établir un avis de surendettement (« déposer le bilan »). Les organes en question sont personnellement responsables en cas d'omission.

En pratique, le passage du bilan à la valeur d'exploitation au bilan à la valeur de liquidation (généralement bien inférieure) conduit presque irrémédiablement à la faillite immédiate de la société. Dans des conditions économiques normales, ce mécanisme assure que les créanciers d'une société sur le point de faire faillite subissent le moins de dommage possible. Les problèmes de liquidité et la dépréciation des actifs entraînés par la pandémie risquent aujourd'hui de contraindre davantage d'entreprises qui ne seraient pas endettées en temps normal à engager une procédure de faillite en raison de cette réglementation. Un conseil d'administration consciencieux est en effet tenu de déposer immédiatement le bilan s'il ne veut pas engager sa responsabilité personnelle. Résultat : des fermetures d'entreprises, des pertes d'emplois et la destruction de valeurs considérables sur le plan économique.

Dans ce contexte, le législateur allemand a adopté le 27 mars 2020 et fait entrer en vigueur une série complète de textes législatifs (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht). Ces textes de loi libèrent les sociétés que la pandémie a rendues insolubles, mais qui ont la perspective de récupérer leur solvabilité, de l'obligation de déposer une demande d'insolvabilité et ce, jusqu'au 30 septembre

2020. Ces textes législatifs créent en outre des incitatifs pour que les entreprises concernées obtiennent de nouvelles liquidités et que les relations commerciales avec ces entreprises subsistent. Les éléments clés de ce train de mesures pourront être prolongés si besoin jusqu'au 31 mars 2021.

Avec l'art. 24 de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, le Conseil fédéral a déjà partiellement pris en compte la problématique exposée ci-dessus. Les prêts garantis par la Confédération, bien qu'ils apparaissent au bilan en tant que capitaux étrangers, peuvent être mis de côté lors de la vérification de l'endettement au sens de l'art. 725, al. 2, CO. Cette manière de procéder permet de réduire le total des capitaux étrangers à couvrir par des actifs. Et d'aboutir à la situation qu'une société n'est plus considérée comme surendettée bien que ses dettes soient dans les faits plus importantes que les actifs dont elle dispose. Le conseil d'administration n'a plus à aviser le juge. En complément, dans un second temps, il faut prévoir une exclusion des actions pauliennes pour les banques offrant le crédit, ou la Confédération qui cautionne lesdits crédits.

Mais il y aura sans doute des cas où le bilan fera encore état d'un surendettement même si les prêts garantis par la Confédération sont mis entre parenthèses. Selon la proposition de l'OFJ, le conseil d'administration sera libéré temporairement de l'obligation de faire vérifier le bilan intermédiaire par un réviseur agréé. L'obligation d'établir un bilan intermédiaire des valeurs d'exploitation et de liquidation subsistera en revanche. Le conseil d'administration doit pouvoir se faire une idée de la situation économique de la société sur la base d'informations complètes. Il n'aura toutefois plus à aviser le juge s'il constate un surendettement s'il a la perspective, à plus long terme, que le surendettement sera éliminé et que la société ne sera pas à nouveau surendettée fin 2019.

La suspension des obligations légales du conseil d'administration n'est pas une mesure d'assainissement. Elle vise uniquement à donner plus de temps au conseil d'administration pour prendre les mesures utiles à l'assainissement de la société.

En résumé, on peut dire que les crédits prévus par l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 rétablissent les liquidités des entreprises et permettent d'assainir, du moins à court terme, leur bilan, et que la suspension partielle des obligations inscrites à l'art. 725, al. 2, CO supprime au moins dans certains cas l'obligation d'aviser le juge. Là où ces mesures ne suffisent pas, notamment quand il n'existe aucune perspective réaliste que l'endettement sera éliminé dans les six mois suivant la fin des mesures, le juge devra être avisé. Et quand les crédits demandés ne suffisent pas pour rétablir les liquidités, il restera possible pour les créanciers de demander la faillite de l'entreprise concernée par la voie de la poursuite ordinaire.

#### **4 Mesures du droit de l'exécution forcée**

Afin de protéger davantage les entreprises menacées face aux risques de faillite et de dissolution, et donc afin d'atteindre le but que le Conseil fédéral s'est fixé – éviter les faillites dues à un manque de liquidités -, il faut également prendre des mesures au niveau du droit de l'exécution forcée. La LP en vigueur prévoit aux art. 337 ss. des dispositions sur le « sursis extraordinaire ». Elles s'appliquent « *dans des circonstances extraordinaires, particulièrement en cas de crise économique persistante* ». Le sursis extraordinaire doit cependant être déclaré applicable avec l'assentiment de la Confédération avant qu'une entreprise puisse le demander.

Après examen approfondi par un expert externe (ci-après : expertise Lorandi; [annexe 4](#)), il s'est toutefois avéré que le sursis extraordinaire ne semblait guère approprié – du moins que de manière limitée - pour faire face à la crise actuelle. Ainsi, il ne peut être accordé que si

les circonstances permettent d'espérer que, le sursis expiré, le débiteur pourra désintéresser intégralement ses créanciers (art. 338, al. 1, LP). Les délais de prescription et de péremption continuent de courir, les procédures en cours ne sont pas suspendues et les créances de première classe, notamment celles portant sur les salaires ou sur les contributions d'entretien, ne sont pas touchées (art. 346, al. 1, LP). Une des nouveautés essentielles de la dernière révision du droit concordataire – la possibilité de transférer l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, prévue à l'art. 33b CO – ne s'applique pas en cas de sursis extraordinaire. Un autre inconvénient de poids est la règle prévue à l'art. 349, al. 2, LP, selon laquelle, dans les six mois qui suivent l'expiration du sursis extraordinaire, il ne peut être accordé ni sursis concordataire ni nouveau sursis extraordinaire. D'autres questions importantes sont sans réponse faute de jurisprudence sur le sursis extraordinaire (pour plus de détails, voir l'expertise Lorandi, n. marg. 70 à 75).

Afin de remédier à ces lacunes, il faudrait adapter fortement les dispositions sur le sursis extraordinaire par la voie d'une ordonnance de nécessité, en les rapprochant sur le fond des dispositions sur la procédure concordataire (art. 293 ss LP). Dans ces circonstances, il semble préférable d'utiliser le droit concordataire en vigueur, soit les art. 293 ss LP, en le modifiant légèrement pour l'adapter aux conditions actuelles. Tel est l'objet du projet joint.

Il convient cependant de garder à l'esprit que la procédure concordataire est relativement lourde et (comme d'ailleurs le sursis extraordinaire) n'a pas les caractéristiques telles que les entreprises puissent y recourir en masse en vue d'un assainissement. Étant donné le nombre de cas auquel on peut s'attendre, les tribunaux ne seraient guère en mesure de les traiter en temps utile, tandis que les coûts encourus feraient hésiter de nombreuses entreprises à engager une telle procédure. Ni le sursis extraordinaire, ni la procédure concordataire actuelle ne sont globalement adaptés aux besoins actuels.

Le défi pour le législateur est que la crise met en difficulté de nombreuses entreprises et qu'il faut éviter des faillites en grand nombre. En même temps, on peut espérer qu'à la fin de la crise, au moins une partie de ces entreprises seraient de nouveau en mesure de poursuivre leur activité. Le but des mesures législatives est de faire traverser la crise à ces entreprises avec le moins de dommages possible. Il ne semble guère possible de déterminer a priori, dans chaque cas, si une entreprise mérite d'être soutenue ou non, non seulement à cause de la difficulté de faire un pronostic fiable mais aussi en raison du travail que représenterait l'examen d'un aussi grand nombre de cas.

Alors que l'ouverture d'une procédure concordataire peut être, comme auparavant, sensée pour les plus grandes entreprises, le législateur a deux options pour les petites entreprises pour lesquelles cette procédure est démesurée : ne rien faire et laisser les entreprises à leur destin, ou bien protéger une grande partie d'entre elles en adoptant une solution globale (et sans doute parfois excessive) tout en sachant que nombre de ces entreprises ne survivront de toute façon pas à la crise quels que soient les efforts déployés.

En suivant cette deuxième voie, qui est aussi l'axe choisi par la Confédération dans ses mesures de soutien direct et dans le cadre de l'art. 725 CO, nous proposons de créer une *procédure de masse standardisée*, qui viendrait doubler la procédure concordataire dont elle s'inspirerait, et qui permettrait aux *petites* entreprises d'obtenir un sursis de manière simple et rapide (« sursis covid-19 »). Ce sursis, d'une durée limitée, leur donnera une chance de se réorganiser et de s'adapter à la nouvelle situation. Le but du sursis n'est pas la conclusion d'un concordat.

Sur le fond, la procédure que nous proposons de créer s'inspire fortement de la procédure concordataire, *sans l'obligation de présenter un plan d'assainissement*, mais déploie en grande partie les mêmes effets qu'un sursis concordataire provisoire. D'un point de vue macro-économique, les effets déployés par le sursis covid-19 seront limités, notamment en comparaison avec une suspension des délais : il ne pourra bénéficier qu'aux débiteurs qui ont demandé ce sursis et auquel il a été accordé. De plus, pour ces débiteurs, seules seront

concernées les obligations nées avant le sursis covid-19, conformément aux règles en vigueur pour la procédure concordataire. Les répercussions sur l'économie des retards de paiements généralisés seront de la sorte limitées au minimum indispensable sur le plan personnel et matériel (expertise Lorandi, n. marg. 100).